WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE APPEALS TRIBUNAL
TRIBUNAL COUNSEL OFFICE

BACKGROUND PAPER ON LOSS OF EARNINGS AND EARLY AND SAFE RETURN TO WORK UNDER THE *WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE ACT, 1997*

TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY 2
PART I: INTRODUCTION AND DISCLAIMER 3
PART II: THE CORE ISSUE, AND OTHER POTENTIAL ISSUES OF INTERPRETATION 4
a) Introduction 4
b) The Former Regime 4
c) The New Regime 5
PART III SECTIONS 43 AND 40: POTENTIAL INTERPRETATIONS 7
a) Introduction 7
b) Loss of Earnings: Section 43 7
c) Early and Safe Return to Work: Section 40 8
i. Contact and communication 8
ii. Finding suitable employment 8
iii. Other reciprocal obligations 9
iv. The Board's role: assistance, mediation and decision-making 9
PART IV SELECTED BOARD POLICIES ON LOE AND ESRTW 12
a) Introduction 12
b) Board OPM Document No. 18-03-02: Payment of LOE Benefits 12
c) Board OPM Document No. 19-02-01: ESRTW Overview 13
d) Board OPM Document No. 19-02-02: The Goal of ESRTW and the Roles of the Parties 14
e) Board OPM Document No. 19-02-03: Workplace Party Co-Operation 15
f) Board OPM Document No. 19-02-06: Mediation Services 16
PART V: CONCLUSION 18
APPENDICES 19

WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE APPEALS TRIBUNAL
TRIBUNAL COUNSEL OFFICE

BACKGROUND PAPER ON LOSS OF EARNINGS AND EARLY AND SAFE RETURN TO WORK UNDER THE *WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE ACT, 1997*

EXECUTIVE SUMMARY

This background paper is provided for the assistance of Vice-Chairs and Panels, as well as parties involved in so-called Bill 99 appeals. It attempts to identify and address issues of interpretation raised by two sections of the *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, sections 43 and 40, dealing respectively with Loss of Earnings and Early and Safe Return to Work.

In many respects, the statutory provisions are new. Certainly, there are no direct references to old concepts of "total temporary disability" and "temporary partial disability". Furthermore, the sections, when read together, create a regime that is more focused on "self-reliance" by the workplace parties than on intervention by the Board. The Board does have the power to intervene: to provide assistance, to mediate, and to decide, pursuant to s.43(7) for example, whether a worker is co-operating with ESRTW or whether his LOE benefits should be reduced or suspended.

Sections 43 and 40 must also be read in light of various Board policies, many of which are referred to in this paper and included in the Appendices. These policies, it is submitted, may have the effect that, in many Bill 99 appeals, Tribunal Panels and Vice-Chairs will answer questions resembling those they might have answered under the *Workers' Compensation Act*.

For example:

- Was the job offered to the worker suitable, having regard to his or her functional abilities?
- Was the worker co-operating with efforts aimed at returning him to work?
- Was the worker totally incapable of performing any work whatsoever?
- Did the Board notify the worker and the employer, in an appropriate fashion, with respect to their obligation to co-operate in return to work efforts?

The gist of this paper, therefore, is that Panels and Vice-Chairs will be challenged to interpret various aspects of the new legislation and Board policies, but will also likely be making determinations about job suitability and functional ability that will be similar to those made under the former legislation.

WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE APPEALS TRIBUNAL
TRIBUNAL COUNSEL OFFICE

BACKGROUND PAPER ON LOSS OF EARNINGS AND EARLY AND SAFE RETURN TO WORK UNDER THE *WORKPLACE SAFETY AND INSURANCE ACT, 1997*

OCTOBER 2000

PART I: INTRODUCTION AND DISCLAIMER

This background paper and its appendices are intended to highlight issues of interpretation that may arise under the *Workplace Safety and Insurance Act, 1997* (the WSIA) and various pertinent Board policies. The memorandum focuses on two sections of the WSIA, sections 40 and 43. These deal, respectively, with Early and Safe Return to Work and with Loss of Earnings. Please note, however, that various other sections of the Act will also be relevant to ESRTW and LOE cases.

Pending the development of a body of Tribunal jurisprudence on these issues, this must be viewed as a preliminary look at the relevant statutory provisions and Board policies. Tribunal Counsel does not consider this background paper to be definitive, and is not advocating a particular interpretation of the WSIA or of any of its provisions or Board policies.

Panels and Vice-Chairs may wish to request more detailed TCO submissions in individual cases. They may also decide to involve "interested stakeholders", including the WSIB, the Office of the Worker Adviser, the Office of the Employer Adviser, and other groups representing employers and injured workers.

Parties and representatives in receipt of this paper are, of course, encouraged to respond, in their own (i.e., not generic) submissions, to the preliminary interpretations contained herein.

PART II: THE CORE ISSUE, AND OTHER POTENTIAL ISSUES OF INTERPRETATION

a) Introduction

This Part seeks to identify the core issue and some related problems that are likely to confront Panels and Vice-Chairs as they adapt to the new statutory and Board policy regime for post-1998 accidents. A more detailed analysis of sections 43 and 40 of the WSIA follows in Part III. Part IV deals with selected Board policies

In the past, much of the Tribunal's jurisprudence has focused on workers who become injured and then claim benefits for a period or periods of time, during which they allegedly are either incapable of returning to any work, or are incapable of returning to regular or modified work that the Board and/or the employer feel they are able to perform. It is anticipated that this type of issue, together with questions of initial entitlement, will continue to be the "bread and butter" of the Tribunal's case load in the years to come.

b) The Former Regime

Under section 37 of the *Workers' Compensation Act* (the WCA), as it read on December 31, 1997, and Board policies relevant thereto, a worker who became disabled as the result of an accident arising in and out of the course of employment was entitled to receive temporary total and/or temporary partial benefits for a period of time[1].

"TT" benefits were payable while the worker was incapable, because of his or her disability, of performing any type of work[2]. "TT" benefits continued for the period of total disability or until the worker became eligible for benefits for Future Economic Loss.

Full "TP" benefits would be paid while the worker was incapable of returning to his or her normal duties, was cooperating in vocational or medical rehabilitation, and had not refused or failed to be available for suitable modified work[3]. TP differential benefits were also payable to a worker who returned to employment, to compensate him for the difference between his pre-injury earnings and what he was able to make at other suitable work[4].

As a matter of practice, a worker who was incapable of returning to his normal duties but was not cooperating with vocational or medical rehabilitation would have his "TP" benefits reduced to 50%. A partially disabled worker who refused a specific, suitable job with an ascertainable wage loss would receive temporary partial difference benefits.

---

[1] *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c.W.11, as am., s.37
[2] WCA, s.37(1); Board *Operational Policy Manual* Document No. 02-01-08.
[3] WCA, s.37(2)(b)
[4] WCA, s.37(2)(a)

However, a partially disabled worker who refused a specific offer of suitable modified work would typically have his TP benefits reduced to zero.[5]

After a period of time, subject to the provisions of section 43, a worker who continued to be disabled (i.e., collecting TT benefits for 12 months, and/or developing a permanent impairment) might be entitled to benefits for Future Economic Loss. FEL benefits were subject to periodic review, and could be payable to age 65.[6]

c) The New Regime

The *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*[7], applicable to all accidents occurring on or after January 1, 1998, appears to impose a somewhat different regime on the payment of benefits in the period immediately following an accident and afterwards. To highlight some of the major points:

- The new Act does not refer to a concept of disability. Rather, the major consideration is whether the worker has, at any time subsequent to his accident, suffered a Loss of Earnings (LOE)[8]. That said, it should also be noted that the Act *does* refer to a worker being "impaired" as a result of his or her injury[9].
- The new Act imposes obligations on both the worker and the employer to arrange for an Early and Safe Return to Work (ESRTW)[10].
- The new Act suggests that benefits might be terminated, summarily, if the worker fails to adhere to the ESRTW requirements or otherwise fails to co-operate[11]. However, Panels and Vice-Chairs may wish to review the way in which Board policies have interpreted or clarified this aspect of the legislation.
- The new Act contains no specific reference to total or partial disability, temporary or otherwise. Nonetheless Board policies and practices suggest that these concepts may still be somewhat applicable[12].
- The new Act does not distinguish between TT/TP and FEL benefits. Rather, workers who continue to suffer what might be termed a "deemed" loss of earnings will continue to receive benefits for LOE, potentially until age 65[13].

Arguably, the core issue is to what extent has the new Act changed the manner in which a worker might have his or her benefits, following an injury, reduced or

---

[5] Board *OPM* Document No. 02-01-08. See also 07-04-02, which deals with the issue of co-operation in with VR in a pre-1997 Act context. Tribunal jurisprudence on this subject is, of course, voluminous, but see for example *Decision No. 672/87* (1987), 5 W.C.A.T.R. 194.

[6] WCA, s.43

[7] S.O. 1997, c.16, Schedule A, as am. 1997, c.26, Sched.

[8] WSIA, s.43

[9] WSIA, s.43(1)(d); see also ss.46 and 47, re permanent impairment and benefits for non-economic loss (NEL)

[10] See, primarily, WSIA, s.40

[11] WSIA, ss.43(3), (7); see also discussion, infra

[12] Board *OPM* Document No. 18-03-02, discussed, infra, in Part IV.

[13] WSIA, s.43(1)(b), (c); also s.43(2)

suspended? And how have Board policies, especially those identified in Part IV of this paper, interpreted the new legislative provisions?

There are a number of related and subsidiary questions that will also confront adjudicators. For example:

- What is the test for determining whether a worker has violated the ESRTW requirement? How will a failure to co-operate be assessed and penalized?
- Must the worker and/or the employer be given notice before the ESRTW obligation arises, and/or before LOE benefits are terminated? How much notice is required? What form must the notice take?
- Can LOE benefits be terminated retroactively, for example to the date of accident, if the worker has failed to cooperate with an ESRTW?
- What is the penalty for failing to cooperate with ESRTW? Is it always 100% of LOE benefits? Or can it be 50%, especially absent a firm offer of suitable work?
- How are benefits calculated if a worker returns to work with the accident employer but establishes that he or she cannot match his earnings prior to the accident?
- What are the benefit consequences for a worker if his or her employer fails to co-operate in the worker's ESRTW?
- Can LOE benefits be suspended before the Board has offered and/or provided assistance or mediation under, respectively, s.40(5) and s.40(7) of the WSIA? What types of mediation and assistance are envisioned?
- What is the Board's obligation in terms of obtaining functional abilities information prior to making a decision with respect to a worker's LOE benefits?
- Is Board policy dealing with LOE/ESRTW consistent with the legislative provisions? What is the effect of Board policy on individual cases?

These questions cannot all be addressed in the limited context of this paper. However it is conceivable that many of them will arise at some point in the future. Panels and Vice-Chairs may consider requesting submissions from the parties and from the entities listed above, if this happens.

PART III SECTIONS 43 AND 40: POTENTIAL INTERPRETATIONS

a) Introduction

This Part addresses the legislation as it appears on its face, without for the most part referring to the actual policies that the Board has promulgated. The aim here is to highlight issues in interpretation that Board policy may or may not address.

As previously noted, a number of relevant Board policies are summarized in Part IV of this paper.

b) Loss of Earnings: Section 43

Section 43 of the *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, deals with LOE. It provides, in part, that "a worker who has a loss of earnings as a result of the injury is entitled to payments ... beginning when the loss of earnings begin."[14] These payments continue until the earliest of "the day on which the worker's loss of earnings ceases"[15], the day on which the worker reaches the age of 65 (or two years after the date of the injury, if the worker was 63 or older when the injury occurred)[16], or "the day on which the worker is no longer impaired as a result of the injury"[17].

Subsection (2) states that LOE is 85% of the difference between the worker's pre-injury, net average earnings and "the net average earnings that he or she earns *or is able to earn* in suitable employment or business after the injury" (emphasis added)[18]. Arguably, the phrase "is able to earn" imports a concept of deemed ability to earn.

Subsection (3) makes it clear that LOE payments continue while the worker is co-operating in health care measures and either ESRTW or "all aspects of a labour market re-entry assessment or plan"[19]. (N.B. The latter - LMRAs and LMRPs - fall outside the limited scope of this paper. It will suffice to note that, where ESRTWs efforts do not successfully return an injured worker to the accident employer, the LMRA and where necessary LMRP is the next step in the process.[20])

---

[14] WSIA, s.43(1)
[15] WSIA, s.43(1)(a)
[16] WSIA, s.43(1)(b), (c)
[17] WSIA, s.43(1)(d)
[18] WSIA, s.43(2)(a), (b)
[19] WSIA, s.43(3)
[20] For reference purposes, WSIA, s.42(1), sets out the circumstances in which an LMRA will be provided by the Board. The balance of the section stipulates the criteria for an LMRP.

Subsection (7) expressly authorizes the Board to "reduce or suspend" payments if, "during any period", the worker is not co-operating in health care measures[21], ESRTW[22], LMRA or LMRP[23]. The section does not specify whether notice is required before the Board "reduces or suspends" payments.

Although co-operation is key to the continued receipt of LOE payments, the WSIA does not specify a mechanism or test for determining whether a worker is co-operating. The WSIA also does not specify the circumstances under which LOE benefits will be "reduced", as opposed to those where they will be "suspended".

c) Early and Safe Return to Work: Section 40

Section 43 must, of course be read in tandem with section 40, which, together with section 41, is in Part V of the WSIA, entitled "Return to Work". Section 40 imposes certain obligations on both the worker and the employer, to co-operate in facilitating the worker's ESRTW. (Section 41 is not dealt with in this paper. It is the section that, in many key respects, restates the re-employment obligations imposed on employers by WCA s.54.)

The specific obligations in section 40 are reciprocal, but they are not extensively defined in the legislation itself. More extensive definitions are to be found in Board policy, as discussed in Part IV, below.

i. Contact and communication

The section requires both the worker and the employer to contact the other party "as soon as possible" after the injury occurs. The workplace parties must also "maintain communication" throughout the worker's "recovery and impairment"[24].

The phrases "as soon as possible" and "maintain communication" in s.40(1)(a) and s.40(2)(a) will undoubtedly require further analysis. Arguably, there is now an onus, potentially on both parties, to *establish* that they initiated contact in a timely fashion and maintained communication, even in circumstances where a return to work with the accident employer would be impossible or impracticable.

ii. Finding suitable employment

Both parties are also charged with the task of finding "suitable employment". The employer's obligation in this context is to attempt to provide "suitable employment that is

---

[21] WSIA, s.43(7)(a)
[22] WSIA, s.43(7)(b)
[23] WSIA, s.43(7)(c)
[24] WSIA, s.40(1)(a), s.40(2)(a)

available and consistent with the worker's functional abilities and that, when possible, restores the worker's pre-injury earnings."[25] For his or her part, the worker is required to "assist" the employer, as "required" or "requested" (the Act does not specify by whom), to identify suitable employment, etc.[26]

Again, Panels and Vice-Chairs will need to determine whether the onus has shifted to the worker to establish that he is in fact "assisting" the employer in this context. And, of course, the Tribunal will also need to determine whether the terms "suitable" and "available" have the same meaning as they had in the former Act[27]. It is at least arguable that "suitable" here is defined exclusively in respect of whether the work (a) is available (b) is consistent with the worker's functional abilities; and (c) comes as close as possible to restoring the worker's pre-injury earnings. It might also be argued that "suitable" has a broader meaning that goes beyond these illustrations. For instance, does it also mean "sustainable"? *or* might it be read as "suitable, having regard to the worker's talents and expertise"? etc. Answers to this question are not to be found in the statute, but may be found in Board policy, as set out below.

iii. Other reciprocal obligations

The parties also share an obligation to give the Board information and "do such other things as may be prescribed"[28]. The Act does not elaborate upon the nature of the information to be sought and the types of "other things" envisioned in the context of ESRTW. Nor does the Act specify whether the consequences for, say, a worker failing to "do ... things" will be as significant as if he actually refused to accept suitable modified work.

iv. The Board's role: assistance, mediation and decision-making

Subsections (5) and (7) authorize the Board to provide assistance and/or mediation to the workplace parties. One might speculate, however, that the section as a whole stresses "self-help" by the worker and the employer. Hence the Board's role in facilitating an ESRTW could be seen as exceptional (e.g., when problems develop), rather than the norm. Contrast the former Act, in which the worker was, at least implicitly, required to work with the Board to determine what was and "available" and "suitable" in terms of post-injury employment.[29]

"Assistance" is essentially left to the Board's own discretion: "The Board may [i.e., not 'shall' or 'must'] contact the employer and the worker to monitor their progress on

---

[25] WSIA, s.40(1)(b)
[26] WSIA, s.40(2)(b)
[27] See, for example, WCA, s.37(2)(b)(ii).
[28] WSIA, s.40(1)(c), (d); s.40(2)(c), (d)
[29] WCA, s.37(2)(b)(ii)

returning the worker to work, to determine whether they are fulfilling their obligations to co-operate and to determine whether any assistance is required to facilitate the worker's return to work."[30]

The interpretation of this provision may be influenced by the fact that it does not oblige the Board to determine the extent of the worker's impairment or even to rule on the suitability of specific jobs. The focus may be on whether the worker and the employer are co-operating.

Panels and Vice-Chairs may also need to assess whether the Board can make a summary decision, after intervening under the "assistance" provision, to "reduce or suspend" benefits to a worker for non-cooperation, pursuant to s.43(7).

Arguably, the only explicit authority for a decision of this type contained in s.40 is in the context of the "mediation" provision, discussed below. Yet, as will be seen, this decision-making power arises in circumstances where mediation has been attempted and has been unsuccessful. It does not refer to a decision made after the Board has intervened under the "assistance" provision and has simply concluded that the worker is uncooperative. Hence it is not clear whether the "60-day or longer" stipulation in s.40(7) applies in these circumstances. If it does not apply, then the sections conferring a general power of decision on the Board, regarding matters of co-operation, etc., would apply instead.[31]

In contrast to "assistance", offered by the Board, "mediation" appears to be triggered by the parties themselves. Of course, nothing in the Act expressly prohibits the Board from referring a case to mediation on its own motion. It is arguable that mediation may be among the forms of assistance that might be offered pursuant to s.40(5).

What might constitute mediation in this context remains unspecified. However, the WSIA does confer on the Board a general power to "provide mediation in such circumstances as it considers appropriate."[32] The Act also states that the mediator shall not participate in any application or proceeding related to the subject of the mediation "unless the parties...consent."[33] This suggests that a mediator cannot be a decision-maker, without the consent of the parties.

As stated, mediation is typically (but not necessarily *exclusively*) triggered by notice by the parties to the Board. The section requires the employer or worker to notify the Board that they are experiencing difficulty or having a dispute "concerning their co-operation with each other in the worker's" ESRTW[34]. The section does not specify when or in what form this notice must be given.

---

[30] WSIA, s.40(5)

[31] See, in particular, WSIA s.118(2)4, which gives the Board the exclusive jurisdiction to determine, among other things, "whether a person is co-operating in ... returning to work ... ".

[32] WSIA, s.122(1)

[33] WSIA, s.122(3)

[34] WSIA, s.40(6)

Mediation would appear to be mandatory, once a party has notified the Board of a dispute regarding an ESRTW. It is less clear whether mere "difficulty" would also oblige the Board to provide mediation. The provision in question states that the "Board shall attempt to resolve the dispute through mediation". If mediation is not successful, then, as previously indicated, the Board "shall decide the matter within 60 days after receiving the notice [presumed to be the notice specified in s.40(6)] or within such longer period as the Board may determine."[35]

[35] WSIA, s.40(7)

PART IV SELECTED BOARD POLICIES ON LOE AND ESRTW

a) Introduction

The statutory provisions discussed above cannot be considered in isolation from Board policy. Under the WSIA, the Tribunal is required to apply Board policy in its decision-making. This, of course, is subject to the Tribunal's authority to refer policies that may be inconsistent with the Act back to the Board for review.[36]

This Part contains a brief summary and analysis of portions of some especially pertinent LOE and ESRTW policies. Unless otherwise stated, these policies apply to accidents occurring after January 1, 1998. Note, however, that a number of the ESRTW policies purport to apply to decisions made after January 1, 1998, irrespective of the accident date.

The policies cited are appended, in their entirety, to this paper.

In individual cases, of course, primary reference should be made to the policies identified as relevant by the Board[37]. Panels and Vice-Chairs that are unsure as to whether the correct policies have been identified may seek clarification from the Board[38] or, where necessary and appropriate, may invoke the policy review process referred to above.

b) Board OPM Document No. 18-03-02: Payment of LOE Benefits

This policy begins by stating that a worker who has a loss of earnings as a result of a work-related injury or disease is entitled to LOE benefits. It then distinguishes between full LOE benefits (85% of the worker's pre-injury net average earnings or NAE), and partial LOE (some portion of the 85%). Arguably, the latter opens the door for the payment of what used to be called TP difference benefits under the former Act.

Under the policy, a worker who is prevented by the "nature and seriousness of the injury ... from returning to any type of work" is entitled to collect full LOE benefits. Although the Act itself does not mention total or partial disability, this statement contains echoes of the old "TT" policy and statutory provisions. It is augmented, however, by the requirement that the worker co-operate "in health care measures as recommended by the attending health care practitioner" (in most instances, one would presume, the worker's family physician or treating specialist) and "approved by the WSIB".

Failure to abide by this requirement may result in the reduction or suspension of benefits. In fact, a strict reading of the policy suggests that LOE benefits could theoretically be

---

[36] WSIA, s.126
[37] WSIA, s.126(2)
[38] WSIA, s.126(3)

reduced or suspended even if "health care measures" would not necessarily impact upon the worker's inability to return to any type of work.

The policy also imports the "full TP" notion, again with modifications reflecting the new Act's increased emphasis on co-operation. Workers may receive full LOE benefits if they co-operate in ESRTW activities and continue to have a full loss of earnings.

The nature of the "activities" is not specified, at least not in the LOE policy. However, one might speculate that regular communication and contact with an employer[39] will suffice in the initial stages following a layoff, at least up to the point where the worker and the employer have begun to seriously discuss particular modified jobs.

The next pertinent provision reinforces the notion that "difference" benefits remain payable. According to the policy, "if a worker has returned to work or is participating in ESRTW activities, the WSIB calculates the LOE by taking 85% of the difference between the worker's pre-injury NAE and current NAE". Although as noted above, deeming may be a factor in calculating the LOE (in fact, it is specifically referred to in this policy, but only in the context of LMR), it does not seem to apply to a worker who has returned to work or is still co-operating in ESRTW.

c) Board OPM Document No. 19-02-01: ESRTW Overview

This policy is helpful primarily as a guide to how the Board views ESRTW. The policy obliges the "workplace parties" to "co-operate and be self-reliant in achieving ... ESRTW." It also states the goal of ESRTW as being "an early return to suitable and available employment that is within the worker's functional abilities, and, if possible restores the worker's pre-injury earnings." Both of these statements essentially restate concepts embedded in s.40.

The policy asserts that "current information about the worker's functional abilities is critical to the return to work process." It goes on to state that "one source" of functional abilities information is the worker's treating health professional, who provides this information to the workplace parties "upon request". The information in question will be paid for by the Board if the health professional uses the prescribed form.[40]

---

[39] As per WSIA s.40(2)(a), discussed above.

[40] Note that, pursuant to WSIA, s.22(5), a worker who files a claim must consent to the disclosure to his or her employer of information concerning the worker's functional abilities, "for the sole purpose of facilitating the worker's return to work." The technical requirements for completing a functional abilities form are set out in detail in Board OPM Document No. 19-02-04, "Functional Abilities Form for Timely Return to Work".

"Functional abilities information" supplied by a "health professional[41]" may indeed be useful in determining co-operation and job suitability issues in the context of ESRTW. Further reference to this concept is found in other relevant policies, as set out below.

The policy contains one other, apparently novel element. In the case of a small business that cannot "achieve success in returning workers to work", the WSIB "may arrange and pay for the services required." Panels and Vice-Chairs may be asked to consider whether the Board's failure to do so should weigh in favour of a worker (or for that matter an employer) who might, in other circumstances be considered "uncooperative".

d) Board OPM Document No. 19-02-02: The Goal of ESRTW and the Roles of the Parties

This policy contains a number of important elements. Recall that terms such as "suitable" and "available" are not defined in the statute itself. Definitions of these terms are to be found in this policy, however.

"Suitable" work is defined as work within the worker's functional abilities (evidently, as that term is used in OPM Document No. 19-02-01, above), that the worker has the skills to perform, that does not pose a health or safety risk to the worker or coworkers and that, if possible, restores the worker's earnings.

"Available" work is defined as work that *exists* – in other words, one would assume, the employer must be prepared to demonstrate that the job is not a "notional" or "theoretical" one. The job can be available at the "pre-injury worksite" or at a "comparable" worksite. The policy contains a fairly extensive discussion of what might constitute a comparable worksite in this context.

The policy also sets benchmarks for determining whether ESRTW activities have been effective. *Quaere* whether these benchmarks can also be used to evaluate whether the parties have been genuinely co-operative, even in circumstances where ESRTW has not succeeded. In other words, can a worker argue that he was co-operating with ESRTW, simply because there was no job on the horizon that would be "suitable and available" and would restore his earnings? It should be noted, of course, that the policy also includes a strong statement on the roles of the workplace parties. This statement focuses on the statutory requirement that they maintain communication with each other and work towards identifying a job that is suitable and available. It also obliges the parties to fulfill their "reporting obligations to the WSIB", as set out in 19-02-03, discussed below.

In addition, the policy itemizes the functions of the WSIB, in this "self-reliant" exercise. It stresses that the Board is not involved in ESRTW except to "monitor" (this monitoring role is not expanded upon), mediate (described here as "dispute resolution"), "determine"

---

[41] In the statute at least, the term "health professional" means "a member of the college of a health profession as defined in the *Regulated Health Professions Act, 1991*": WSIA, s.2(1).

compliance with s.40 co-operation and s.41 re-employment obligations, and "suggest" return to work resources.

The policy also discusses the role of the heath care practitioner[42], in the context of ESRTW. Panels and Vice-Chairs may need to ask whether a worker can be penalized if his or her physician fails to abide by these requirements. For example, what if the physician fails to provide the workplace parties and the WSIB with functional abilities information? Does this mean that the worker will be perceived as non-cooperative, and therefore risk a reduction or suspension of his or her benefits?

Finally, it is to be noted that this policy applies to all claims effective January 1, 1998, regardless of accident date. Panels and Vice-Chairs will need to consider the extent to which this policy, and others in the ESRTW category, apply to pre-1998 accidents, for example where a worker has suffered a recurrence subsequent to January 1, 1998.

e) Board OPM Document No. 19-02-03: Workplace Party Co-Operation

This policy (also applicable after January 1, 1998, regardless of accident date) begins by restating the statutory, reciprocal obligations of workers and employers, set out above. It then goes on to address some questions left unanswered by the express provisions of s.40, in particular with respect to the role of the Board, the requirement for notice of non-cooperation, and the manner in which benefits may be reduced or suspended.

For instance, the assistance by the Board envisioned by s.40(5) is aimed at facilitating self-reliance and removing "barriers in the ESRTW process". The Board *may* (not "must") provide "information" of various sorts, as detailed in the policy. For example, the Board may steer employers towards return to work service providers, for whose services the employer is evidently expected to pay. The Board may also provide mediation services. The policy, unlike the statute, is explicit in stating that mediation may be provided either at the parties' request or at the Board's own initiative, if the Board "determines that mediation is necessary to initiate, maintain or restore ESRTW activities."

This policy also sets out the requirement for notice of non-cooperation. As stated previously, the Act itself does not require notice. The policy seems to require that employers and workers be notified of "the obligation to co-operate in ESRTW" and "the finding of non-cooperation". Workers must also be notified of the consequences of this finding, i.e., the possible reduction or suspension of benefits.

The policy states that notice is to be given verbally, where possible, and that it must be confirmed in writing in every case.

It might be argued that the policy does not make notice obligatory. For instance, the relevant portions are worded "the decision-maker notifies..." rather than "the decision-

[42] This term is defined, in WSIA, s.2(1), as including a health professional (as per the previous Note), a "drugless practitioner", or a social worker.

maker *shall* notify". However, despite this *caveat*, Panels and Vice-Chairs should expect to be confronted with the argument that the Board cannot, pursuant to its own policy, suspend or reduce benefits without first giving notice to the worker.

In fact, the next portion of the policy, dealing with the reduction or suspension of benefits, strongly suggests that this type of action must be triggered by notice to the worker of his obligations, followed by a subsequent failure to "demonstrate co-operation" and to show that he or she has a legitimate reason for not co-operating. Arguably, therefore, even notice alone should not, under this policy, trigger a reduction or suspension of benefits. Rather, the worker must be given a chance to co-operate more fully with ESRTW.

The policy then goes on to state that where suitable and available employment has been identified, "the worker's benefits are adjusted to reflect the earnings the worker would have earned in the suitable and available employment." This resembles the old "TP difference" approach, mentioned in Part II of this paper. However, Panels and Vice-Chairs may need to consider whether, even in these circumstances, the Board can lawfully suspend the worker's benefits in their entirety because of an overriding failure to co-operate in ESRTW activities.

For situations where suitable and available employment has not been identified, and the worker's non-cooperation is the reason why, the policy simply refers to the statutory power to reduce or suspend benefits, without providing any further guidance to decision-makers. Arguably, though, this portion of the policy preserves the Board's ability to reduce benefits to the equivalent of "TP50" as under the former Act.

f) Board OPM Document No. 19-02-06: Mediation Services

This policy attempts to flesh out the contents of s.40(7). Unlike the subsection, the policy permits mediation in circumstances where there is a "difficulty" and not merely a "dispute" in the context of ESRTW. The policy also states, as does 19-02-03 (above), that the Board may offer mediation services on its own initiative.

Mediators are given the power under this policy to "suggest" that workers co-operate in Functional Abilities Evaluations or that ergonomic evaluations of worksites be conducted. The word "suggest" is open to interpretation, since the policy goes on to state that if a worker or employer refuses to participate in such an evaluation, "the WSIB may make a finding of non-co-operation." It is not clear whether or how the notice requirement discussed above would apply in these circumstances: decision-makers are required to give notice before imposing sanctions for non-cooperation, but mediators are not supposed to be decision-makers unless the parties consent.[43]

It is envisioned that mediation will not always resolve ESRTW issues to the extent of actually putting a worker back in a specific job. The policy states that, where mediation

[43] Refer again to s.122(3), cited above.

succeeds and the dispute is resolved, the parties will continue their return to work activities and the Board will continue to monitor the process, as per 19-02-02.

The balance of the policy deals with situations where mediation is unsuccessful. At this point, a Board decision-maker (i.e., not necessarily the mediator) will make a decision within 60 calendar days. (Note that the Act does not use the term "calendar days".) The 60-day rule also applies where one or both parties decline mediation.

This policy also applies to all claims, effective January 1, 1998, regardless of accident date.

PART V: CONCLUSION

The WSIA provisions dealing with LOE and ESRTW are, at first glance, *terra incognita* for the Tribunal. Yet, in part because of how the new Board policies are worded, one might expect that many cases will ultimately involve factual determinations that are not greatly dissimilar to those made under the WCA. For example:

- Panels and Vice-Chairs will still need to determine whether jobs offered by accident employers are suitable, having regard to workers' functional abilities
- Panels and Vice-Chairs will still need to determine whether, in general terms, workers are cooperative and receptive to initiatives aimed at returning them to work.
- Panels and Vice-Chairs will still need to determine whether workers are incapable of performing any work whatsoever (but with the added proviso that a worker who falls into this category must also demonstrate that he or she is co-operating with medical treatment)
- While the legislature has created a self-help regime, the Board still has a role to play. See, in particular, the requirement that the Board give notice of non-co-operation, and the requirement that, on being notified of a "dispute" or "difficulty", the Board must attempt to mediate in order to get an ESRTW effort back on track.

To conclude, we would reiterate that this background paper is intended only to outline a number of issues and concerns that may arise in future WSIA cases. No doubt, as a body of Tribunal jurisprudence develops over the next few months and years, many of these interpretative questions will be effectively resolved. Yet it is equally certain that others will arise, and some of these questions may go to the heart of what the Legislature intended when it revised the statutory regime for injured workers and their employers.

Background paper prepared by:

Daniel J. Abrahams
Senior Lawyer
Tribunal Counsel Office

October 23, 2000

APPENDICES

1. *Workers' Compensation Act,* R.S.O. 1990, as am., s.37
2. *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, S.O. 1997, c.16, Schd. A., s.43
3. *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, s.40
4. Workplace Safety and Insurance Board *Operational Policy Manual,* Document No. 18-03-02, "Payment of LOE Benefits"
5. OPM Doc. No. 19-02-01, "Early and Safe Return to Work: Overview"
6. OPM Doc. No. 19-02-02, "The Goal of ESRTW and the Roles of the Parties"
7. OPM Doc. No. 19-02-03, "Workplace Party Co-Operation"
8. OPM Doc. No. 19-02-06, "Mediation Services"

Appendix 1: Workers' Compensation Act, Section 37

37(1) Where injury to a worker results in temporary total disability, the worker is entitled to compensation under this Act in an amount equal to 90 per cent of the worker's net average earnings before the injury so long as temporary total disability continues or until the worker begins receiving payments under section 43.

(2) Where temporary partial disability results from the injury, the compensation payable shall be,

(a) where the worker returns to employment, a weekly payment of 90 per cent of the difference between the net average weekly earnings of the worker before the injury and a net average amount that the worker is able to earn in some suitable employment or business after the injury; or

(b) where the worker does not return to work, a weekly payment in the same amount as would be payable if the worker were temporarily totally disabled, unless the worker,

(i) fails to co-operate in or is not available for a medical or vocational rehabilitation program which would, in the Board's opinion, aid in getting the worker back to work, or

(ii) fails to accept or is not available for employment which is available and which in the opinion of the Board is suitable for the worker's capabilities.

(3) In determining the amount to be paid under clause (2)(b), the Board shall have regard to any disability payments the worker receives under the Canada Pension Plan and the Quebec Pension Plan with respect to the injury and, if subclause (2)(b)(i) or (ii) applies, the compensation shall be a periodic amount proportionate to the degree of disability resulting from the injury as determined by the Board.

Appendix 2: Workplace Safety and Insurance Act, 1997, Section 43

43(1) A worker who has a loss of earnings as a result of the injury is entitled to payments under this section beginning when the loss of earnings begins. The payments continue until the earliest of,

(a) the day on which the worker's loss of earnings ceases;

(b) the day on which the worker reaches 65 years of age, if the worker was less than 63 years of age on the date of the injury;

(c) two years after the date of the injury, if the worker was 63 years of age or older on the date of the injury;

(d) the day on which the worker is no longer impaired as a result of the injury.

(2) Subject to subsections (3) and (4), the amount of the payments is 85 per cent of the difference between,

(a) the worker's net average earnings before the injury; and

(b) the net average earnings that he or she earns or is able to earn in suitable employment or business after the injury.

However, the minimum amount of the payments for full loss of earnings is the lesser of $15,321.51 or the worker's net average earnings before the injury.

(3) The amount of the payment is 85 percent of his or her pre-injury net average earnings less any earnings the worker earns after the injury if the worker is co-operating in health care measures and,

(a) his or her early and safe return to work; or

(b) all aspects of a labour market re-entry assessment or plan.

(4) The Board shall deem the worker's earnings after the injury to be the earnings that the worker is able to earn from the employment or business that is suitable for the worker under section 42 and,

(a) if the worker is provided with a labour market re-entry plan, the earnings shall be deemed as of the date the worker completes the plan; or

(b) if the Board determines that the worker does not require a labour market re-entry plan, the earnings shall be deemed as of the date this determination is made.

(5) The calculation of the amount of the payments is subject to the following rules:

1 The amount of the net average earnings before the injury must be adjusted by the alternate indexing factor for each January 1 since the date of the injury.

2. The amount described by clause (2)(b) must reflect any disability payments paid to the worker under the Canada Pension Plan or the Quebec Pension Plan in respect of the injury.

3. If the amount described by clause (2)(b) is not zero and does not consist solely of disability payments in respect of the injury paid to the worker

under the Canada Pension Plan or the Quebec Pension Plan, the amount of the payment must be adjusted,

i. by multiplying, for each January 1 since the date of the injury, the amount of the payment by the sum of one plus the general indexing factor expressed as a fraction, and

ii. by dividing, for each January 1 since the date of the injury, the amount of the payment by the sum of one plus the alternate indexing factor expressed as a fraction.

(6) Every year on January 1, the Board shall adjust the amount of the payments otherwise payable to a worker using,

(a) the alternate indexing factor, if the amount described by clause (2)(b) is zero or consists solely of disability payments in respect of the injury paid to the worker under the Canada Pension Plan or the Quebec Pension Plan; or

(b) the general indexing factor in any other case.

(7) The Board may reduce or suspend payments to the worker during any period when the worker is not co-operating,

(a) in health care measures;

(b) in his or her early and safe return to work; or

(c) in all aspects of a labour market re-entry assessment or plan provided to the worker.

Appendix 3: *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, Section 40

40(1) The employer of an injured worker shall co-operate in the early and safe return to work of the worker by,

(a) contacting the worker as soon as possible after the injury occurs and maintaining communication throughout the period of the worker's recovery and impairment;

(b) attempting to provide suitable employment that is available and consistent with the worker's functional abilities and that, when possible, restores the worker's pre-injury earnings;

(c) giving the Board such information as the Board may request concerning the worker's return to work; and

(d) doing such other things as may be prescribed.

(2) The worker shall co-operate in his or her early and safe return to work by,

(a) contacting his or her employer as soon as possible after the injury occurs and maintaining communication throughout the period of the worker's recovery and impairment;

(b) assisting the employer, as may be required or requested, to identify suitable employment that is available and consistent with the worker's functional abilities and that, when possible, restores his or her pre-injury earnings;

(c) giving the Board such information as the Board may request concerning the worker's return to work; and

(d) doing such other things as may be prescribed.

(3) Employers engaged primarily in construction and workers who perform construction work shall co-operate in a worker's early and safe return to work and shall do so in accordance with such requirements as may be prescribed. Subsections (1) and (2) do not apply with respect to those employers and workers.

(4) If an emergency worker is injured, the worker's deemed employer is not required to comply with this section. The worker's actual employer, if any, is required to do so. However, the deemed employer is required to pay the costs of the actual employer's compliance with this section.

(5) The Board may contact the employer and the worker to monitor their progress on returning the worker to work, to determine whether they are fulfilling their obligations to co-operate and to determine whether any assistance is required to facilitate the worker's return to work.

(6) The employer or the worker shall notify the Board of any difficulty or dispute concerning their co-operation with each other in the worker's early and safe return to work.

(7) The Board shall attempt to resolve the dispute through mediation and, if mediation is not successful, shall decide the matter within 60 days after receiving the notice or within such longer period as the Board may determine.

(8) Until this section applies to an employer and the workers employed by the employer, subsections 53 (1) to (3) of the *Workers' Compensation Act*, as deemed to be amended by this Act, continue to apply with necessary modifications despite their repeal.

TRIBUNAL DE LA SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE ET DE L'ASSURANCE CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL
BUREAU DES CONSEILLERS JURIDIQUES DU TRIBUNAL

DOCUMENT D'INFORMATION SUR LA PERTE DE GAINS ET LE RETOUR AU TRAVAIL RAPIDE ET SANS DANGER AUX TERMES DE LA *LOI DE 1997 SUR LA SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE ET L'ASSURANCE CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL*

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ 2
PARTIE I : INTRODUCTION ET MISE EN GARDE 4
PARTIE II : QUESTION PRINCIPALE ET AUTRES QUESTIONS D'INTERPRÉTATION POSSIBLES 5
a) Introduction 5
b) L'ancien régime 5
c) Le nouveau régime 6
PARTIE III : ARTICLES 43 ET 40 : INTERPRÉTATIONS POSSIBLES 9
a) Introduction 9
b) Perte de gains : article 43 9
c) Retour au travail rapide et sans danger : article 40 10
i. Contact et communication 10
ii. Emploi approprié 11
iii. Autres obligations réciproques 11
iv. Rôle de la Commission : aide, médiation et prise de décision 11
PARTIE IV : POLITIQUES CHOISIES DE LA COMMISSION SUR LA PERTE DE GAINS (PG) ET LE RETOUR AU TRAVAIL RAPIDE ET SANS DANGER (RTRS) 14
a) Introduction 14
b) Document n° 18-03-02 du Manuel des politiques opérationnelles (MPO) de la Commission : Versement des prestations pour PG 14
c) Document n° 19-02-01 du MPO de la Commission : Aperçu du RTRS 15
d) Document n° 19-02-02 du MPO de la Commission : Le but du RTRS et les rôles des parties du lieu de travail 16
e) Document n° 19-02-03 du MPO de la Commission : Collaboration des parties du lieu de travail 17
f) Document n° 19-02-06 du MPO de la Commission : Services de médiation 19
PARTIE V : CONCLUSION 21
ANNEXES 22

TRIBUNAL DE LA SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE ET DE L'ASSURANCE CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL
BUREAU DES CONSEILLERS JURIDIQUES DU TRIBUNAL

DOCUMENT D'INFORMATION SUR LA PERTE DE GAINS ET LE RETOUR AU TRAVAIL RAPIDE ET SANS DANGER AUX TERMES DE LA *LOI DE 1997 SUR LA SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE ET L'ASSURANCE CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL*

RÉSUMÉ

Le présent document d'information s'adresse aux vice-présidents et comités ainsi qu'aux parties aux appels relevant du projet de loi 99. Dans ce document, nous tenterons de cerner et d'étudier les différentes questions d'interprétation que soulèvent deux articles de la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail* (Loi de 1997), à savoir les articles 43 et 40. Ces articles portent respectivement sur la perte de gains (PG) et le retour au travail rapide et sans danger (RTRS).

Ces dispositions sont nouvelles à de nombreux égards. Il est clair par exemple qu'elles ne font pas directement référence aux anciennes notions d'« invalidité totale temporaire » et d'« invalidité partielle temporaire ». Qui plus est, considérés ensemble, ces articles créent un régime axé davantage sur « l'autonomie » des parties que sur l'intervention de la Commission. Certes, la Commission a le pouvoir d'intervenir : elle peut aider, offrir des services de médiation et décider, aux termes du paragraphe 43 (7) par exemple, si un travailleur collabore ou non à son RTRS ou s'il y a lieu de diminuer ses prestations pour PG ou de les suspendre.

Il faut aussi interpréter les articles 43 et 40 à la lumière des diverses politiques de la Commission. Plusieurs de ces politiques sont mentionnées dans ce document et figurent en annexe. Ces politiques pourraient à notre avis amener les comités et vice-présidents saisis d'appels relevant du projet de loi 99 à trancher des questions semblables à celles qu'ils tranchaient en vertu de la *Loi sur les accidents du travail*.

Par exemple :

- Est-ce que l'emploi offert au travailleur était approprié, compte tenu de ses capacités fonctionnelles?
- Est-ce que le travailleur a collaboré aux efforts faits en vue de son retour au travail?
- Est-ce que le travailleur était totalement incapable d'accomplir quelque travail que ce soit?
- Est-ce que la Commission a informé de manière acceptable le travailleur et l'employeur de leur obligation de collaborer aux efforts faits en vue du retour au travail?

Le présent document démontre essentiellement que les comités et vice-présidents seront appelés à interpréter divers aspects de la nouvelle loi et des politiques de la Commission mais qu'ils seront aussi vraisemblablement appelés à rendre des décisions similaires à celles qu'ils rendaient aux termes de l'ancienne loi en ce qui concerne le caractère approprié de l'emploi et les capacités fonctionnelles.

TRIBUNAL DE LA SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE ET DE L'ASSURANCE CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL
BUREAU DES CONSEILLERS JURIDIQUES DU TRIBUNAL

DOCUMENT D'INFORMATION SUR LA PERTE DE GAINS ET LE RETOUR AU TRAVAIL RAPIDE ET SANS DANGER AUX TERMES DE LA *LOI DE 1997 SUR LA SÉCURITÉ PROFESSIONNELLE ET L'ASSURANCE CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL*

OCTOBRE 2000

PARTIE I : INTRODUCTION ET MISE EN GARDE

Le présent document et ses annexes visent à examiner certaines questions d'interprétation susceptibles de se poser en vertu de la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail* (Loi de 1997) et des diverses politiques pertinentes de la Commission. Ce document porte principalement sur les articles 40 et 43 de la Loi de 1997. Ces articles concernent respectivement le retour au travail rapide et sans danger (RTRS) et la perte de gains (PG). Il convient toutefois de noter que diverses autres dispositions de la Loi peuvent aussi s'appliquer aux cas relatifs au RTRS et à la PG.

En attendant l'établissement d'une jurisprudence du Tribunal en la matière, le présent document devrait être considéré comme un examen préliminaire des dispositions législatives et des politiques pertinentes de la Commission. Le Bureau des conseillers juridiques du Tribunal (BCJT) ne considère pas ce document comme définitif et ne préconise aucune interprétation particulière de la Loi de 1997, de ses dispositions ou des politiques de la Commission.

Les comités et vice-présidents pourraient juger utile d'obtenir des observations plus détaillées du BCJT aux fins des cas particuliers dont ils seront saisis. Ils pourraient aussi décider de faire participer divers intervenants, notamment la Commission, le Bureau des conseillers des travailleurs, le Bureau des conseillers du patronat et d'autres groupes représentant les employeurs et les travailleurs blessés.

Les parties et les représentants qui reçoivent ce document sont évidemment encouragés à répondre aux interprétations préliminaires qui y sont présentées. Ils pourraient le faire dans le cadre de leurs observations en rapport avec leurs propres cas (non des observations générales).

PARTIE II : QUESTION PRINCIPALE ET AUTRES QUESTIONS D'INTERPRÉTATION POSSIBLES

a) Introduction

Dans cette partie, nous tenterons de cerner la question principale et certains problèmes connexes auxquels les comités et vice-présidents seront vraisemblablement confrontés dans l'application du nouveau régime découlant de la Loi et des politiques de la Commission dont relèvent les accidents ultérieurs à 1998. La partie III présente une analyse plus détaillée des articles 43 et 40 de la Loi de 1997 et la partie IV porte sur certaines politiques de la Commission.

Par le passé, la jurisprudence du Tribunal était en grande partie centrée sur les travailleurs qui subissent une lésion et demandent des prestations pour une période ou des périodes pendant laquelle ou lesquelles ils sont censément incapables de reprendre tout travail ou de recommencer à travailler à un emploi ordinaire ou modifié qui, de l'avis de la Commission ou de l'employeur, cadre avec leurs capacités. Ce genre de questions, de pair avec les questions relatives à l'admissibilité initiale, devrait continuer à représenter l'essentiel des cas portés devant le Tribunal au cours des années à venir.

b) L'ancien régime

Aux termes de l'article 37 de la *Loi sur les accidents du travail* (Loi d'avant 1997), telle qu'elle existait le 31 décembre 1997, et des politiques de la Commission applicables, un travailleur qui devenait invalide par suite d'un accident survenu du fait et au cours de son emploi avait droit à des indemnités d'invalidité totale temporaire ou d'invalidité partielle temporaire pendant une certaine période[1].

Les indemnités d'invalidité totale temporaire étaient payables pendant la période au cours de laquelle le travailleur était incapable d'accomplir tout genre de travail en raison de son invalidité.[2] Il touchait de telles indemnités pendant la durée de son invalidité totale ou jusqu'à ce qu'il devienne admissible à des indemnités pour perte économique future (PÉF).

Les indemnités intégrales d'invalidité partielle temporaire étaient versées au travailleur tant qu'il était incapable de reprendre ses tâches habituelles, qu'il collaborait à sa réadaptation professionnelle ou médicale et qu'il ne refusait pas un emploi modifié approprié ou ne négligeait pas d'être disponible pour un tel emploi.[3] En outre, des indemnités proportionnelles d'invalidité partielle temporaire étaient payables au

---

[1] *Loi sur les accidents du travail*, L.R.O. de 1980, chap.W.11, telle qu'elle a été modifiée, art. 37.
[2] LAT, par. 37 (1); Document n° 02-01-08 du *Manuel des politiques opérationnelles* de la Commission.
[3] LAT, al. 37 (2) b).

travailleur qui recommençait à travailler, afin de compenser la différence entre ses gains d'avant la lésion et les gains qu'il pouvait tirer d'un autre emploi approprié.[4]

Généralement, le travailleur incapable de reprendre ses tâches habituelles qui négligeait de collaborer à sa réadaptation professionnelle ou médicale touchait 50 % des indemnités d'invalidité partielle temporaire auxquelles il aurait normalement eu droit. Le travailleur atteint d'une invalidité partielle qui refusait un emploi particulier approprié entraînant une perte de gains vérifiable recevait des indemnités proportionnelles d'invalidité partielle temporaire. Cependant, dans le cas d'un travailleur atteint d'une invalidité partielle qui refusait un emploi particulier approprié, les indemnités d'invalidité partielle temporaire étaient habituellement réduites à zéro.[5]

Après une certaine période, et ce, conformément aux dispositions prévues à l'article 43, le travailleur qui demeurait invalide (c'est-à-dire qui touchait des indemnités d'invalidité totale temporaire pendant douze mois ou souffrait d'une déficience permanente) pouvait avoir droit à des indemnités pour PÉF. Ces indemnités faisaient l'objet d'une révision périodique et pouvaient être payables jusqu'à l'âge de 65 ans.[6]

c) Le nouveau régime

La *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*,[7] applicable à tous les accidents survenus le 1er janvier 1998 ou après cette date, semble imposer un régime quelque peu différent en ce qui concerne le versement de prestations pendant la période immédiatement postérieure à un accident et la période suivant celui-ci. Voici certains des principaux points à noter à cet égard :

- La nouvelle loi ne fait pas référence à la notion d'invalidité mais principalement à la question de savoir si le travailleur a subi une perte de gains (PG) à un moment ou à un autre après l'accident.[8] Ceci étant dit, il convient de noter que la Loi *fait référence* au travailleur « déficient » par suite de sa lésion.[9]
- La nouvelle loi exige du travailleur et de l'employeur qu'ils prennent les dispositions nécessaires pour le retour au travail rapide et sans danger (RTRS) du travailleur.[10]
- La nouvelle loi semble indiquer qu'il est possible de mettre fin, sommairement, aux prestations si le travailleur néglige de se conformer aux exigences liées à son RTRS

---

[4] LAT, al. 37 (2) a).
[5] Document n° 02-01-08 du MPO de la Commission. Voir aussi le document n° 07-04-02, qui traite de la question de la collaboration à la RP dans le contexte de la Loi d'avant 1997. La jurisprudence du Tribunal sur cette question est volumineuse, mais consulter entre autres la *Décision n° 672/87* (1987), 5 W.C.A.T.R. 194.
[6] LAT, art. 43.
[7] L.O. de 1997, chap.16, Annexe A, telle qu'elle a été modifiée, 1997, chap.26, Annexe.
[8] LSPAAT, art. 43.
[9] LSPAAT, al. 43 (1) d); voir aussi art. 46 et 47 concernant la déficience permanente et les indemnités pour perte non économique (PNÉ).
[10] Voir principalement LSPAAT, art. 40.

ou de collaborer.[11] Les comités et vice-présidents pourraient cependant juger utile d'examiner de quelle façon la Commission a interprété ou éclairci cet aspect de la loi dans ses politiques.

- La nouvelle loi ne comporte aucune référence explicite à l'invalidité totale ou partielle, temporaire ou autre. Les politiques et pratiques de la Commission laissent néanmoins penser que ces notions continueront peut-être à s'appliquer dans une certaine mesure.[12]
- La nouvelle loi ne fait pas de distinction entre prestations d'invalidité totale ou partielle temporaire et prestations pour PÉF. Les travailleurs dont la perte de gains, que l'on pourrait qualifier de « réputée », se poursuit peuvent continuer à toucher des prestations pour PG potentiellement jusqu'à l'âge de 65 ans.[13]

La question centrale ici pourrait être de déterminer dans quelle mesure la nouvelle loi a modifié les modalités de réduction ou de suppression des prestations versées au travailleur après une lésion. Il serait également bon d'établir comment la Commission a interprété les dispositions de la Loi dans ses politiques, en particulier dans celles précisées à la partie IV du présent document.

Il va sans dire que les décideurs seront confrontés à diverses questions connexes et incidentes, notamment aux questions suivantes :

- Quels critères seront retenus (ou appliqués) pour déterminer si un travailleur a enfreint l'obligation de RTRS? Comment le défaut de collaborer sera-t-il évalué et quelle sera la pénalité imposée?
- Le travailleur et l'employeur doivent-ils recevoir un avis avant que l'obligation de RTRS prenne effet ou avant que les prestations pour PG ne prennent fin? Quelle serait la durée du préavis? Quelle forme prendra cet avis?
- Est-il possible de mettre fin rétroactivement aux prestations pour PG, par exemple à compter de la date de l'accident, si le travailleur néglige de collaborer à son RTRS?
- Quelle est la pénalité imposée pour défaut de collaborer au RTRS? Représente-t-elle toujours 100 % des prestations pour PG ou peut-elle être de 50 %, particulièrement en l'absence d'une offre d'emploi appropriée officielle?
- Comment les prestations seront-elles calculées si le travailleur reprend le travail auprès de l'employeur au moment de l'accident et établit qu'il ne peut rétablir ses gains d'avant l'accident?
- Qu'arrive-t-il aux prestations du travailleur si l'employeur néglige de collaborer à son RTRS?
- La Commission peut-elle suspendre les prestations pour PG avant d'avoir offert ou fourni de l'aide ou des services de médiation aux termes, respectivement, des paragraphes 40 (5) et 40 (7) de la Loi de 1997? De quel genre de médiation et d'aide s'agit-il?

---

[11] LSPAAT, par. 43 (3) et (7); voir aussi la discussion plus loin.
[12] Document n° 18-03-02 du MPO de la Commission, discuté plus loin dans la partie IV.
[13] LSPAAT, al. 43 (1) b) et c); aussi par. 43 (2).

- Quels renseignements la Commission est-elle tenue d'obtenir au sujet des capacités fonctionnelles avant de prendre une décision au sujet des prestations pour PG d'un travailleur?
- Les politiques de la Commission sur la PG et le RTRS sont-elles compatibles avec les dispositions législatives? Quel est l'effet des politiques de la Commission sur les cas d'espèce?

Il n'est pas possible d'étudier toutes ces questions dans le contexte du présent document; toutefois, il est concevable que nombre d'entre elles finiront par se poser à un moment ou à un autre. Le cas échéant, les comités et vice-présidents pourraient demander aux parties et aux organismes susmentionnés de présenter des observations et des arguments à ce sujet.

PARTIE III : ARTICLES 43 ET 40 : INTERPRÉTATIONS POSSIBLES

a) Introduction

Dans cette partie, nous examinerons la législation, sans généralement faire référence aux politiques de la Commission. Nous tenterons ainsi de faire ressortir certaines questions d'interprétation auxquelles les politiques de la Commission peuvent ou non répondre.

Comme nous l'avons déjà noté, plusieurs politiques pertinentes de la Commission sont résumées à la partie IV.

b) Perte de gains : article 43

L'article 43 de la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail* traite de la perte de gains. Il prévoit, en partie, que « le travailleur qui subit une perte de gains par suite de la lésion a droit à des versements [...] à compter du moment où débute la perte de gains ».[14] Ces versements se poursuivent jusqu'au premier en date des jours suivants : « le jour où la perte de gains du travailleur prend fin »,[15] le jour où le travailleur atteint l'âge de 65 ans (ou deux ans après la date de survenance de la lésion, si le travailleur avait au moins 63 ans à cette date-là),[16] ou « le jour où le travailleur n'est plus déficient par suite de la lésion ».[17]

Le paragraphe 43 (2) indique que le montant des versements pour PG correspond à 85 % de la différence entre les gains moyens nets du travailleur avant la lésion et « les gains moyens nets qu'il touche ou *qu'il est en mesure de toucher* dans un emploi ou une entreprise approprié après que la lésion soit survenue » (c'est nous qui soulignons).[18] Il est permis de penser que l'expression « qu'il est en mesure de toucher » introduit une notion de capacité de gains réputée.

Le paragraphe 43 (3) précise que les versements pour PG se poursuivent tant que le travailleur collabore à la mise en œuvre des mesures prises en matière de soins de santé et, selon le cas, à son RTRS, ou « à tous les aspects d'une évaluation de ses possibilités de réintégration sur le marché du travail ou d'un programme de réintégration sur le marché du travail ».[19] (N.B. : L'évaluation et les programmes relatifs à la réintégration sur le marché du travail dépassent le cadre du présent document. Il convient toutefois de noter que, si les mesures en vue du RTRS ne permettent pas à un travailleur blessé de

---

[14] LSPAAT, par. 43 (1).
[15] LSPAAT, al. 43 (1) a).
[16] LSPAAT, al. 43 (1) b) et c).
[17] LSPAAT, al. 43 (1) d).
[18] LSPAAT, al. 43 (1) a) et b).
[19] LSPAAT, par. 43 (3).

retourner auprès de l'employeur qui l'employait au moment de l'accident, cette évaluation et éventuellement ce programme constituent l'étape suivante du processus.[20])

Le paragraphe 43 (7) autorise explicitement la Commission à « diminuer ou suspendre » les versements si, « pendant toute période », le travailleur ne collabore pas aux mesures prises en matière de soins de santé,[21] à son RTRS,[22] à l'évaluation ou au programme de réintégration sur le marché du travail.[23] Ce paragraphe ne précise cependant pas si la Commission doit émettre un avis avant de réduire ou de suspendre les versements.

Même si la collaboration est essentielle à la poursuite du versement des prestations pour PG, la Loi de 1997 ne précise pas de mécanisme ni de critère pour déterminer si un travailleur collabore ou non. La Loi de 1997 ne précise pas non plus dans quelles circonstances les prestations pour PG seront réduites ni dans quelles circonstances elles seront suspendues.

c) Retour au travail rapide et sans danger : article 40

Il faut évidemment interpréter l'article 43 conjointement avec l'article 40, lequel se trouve avec l'article 41 à la partie V de la Loi de 1997 intitulée « Retour au travail ». L'article 40 impose certaines obligations au travailleur et à l'employeur relativement au RTRS du travailleur. (Nous ne traitons pas de l'article 41 dans le présent document. À maints égards importants, cet article réitère les obligations en matière de rengagement imposées aux employeurs par l'article 54 de la *Loi sur les accidents du travail*.)

Les obligations particulières précisées à l'article 40 sont réciproques, mais elles ne sont pas pleinement définies dans la Loi elle-même. Des définitions plus détaillées figurent dans les politiques de la Commission, comme le montre la partie IV de ce document.

i. Contact et communication

L'article 40 exige du travailleur et de l'employeur qu'ils communiquent avec l'autre partie « dès que possible » après la survenance de la lésion. Les parties du lieu de travail doivent aussi « reste[r] en contact » pendant toute la période du « rétablissement et de la déficience » du travailleur.[24]

Les expressions « dès que possible » et « reste en contact » figurant aux alinéas 40 (1) a) et 40 (2) a) devront indubitablement faire l'objet d'une analyse plus poussée. Il est permis

---

[20] À titre d'information, le par. 42 (1) de la LSPAAT précise les circonstances où la Commission doit fournir au travailleur une évaluation de ses possiblités de réintégration sur le marché du travail. Le reste de l'article stipule les critères s'appliquant au programme de réintégration sur le marché du travail.
[21] LSPAAT, al. 43 (7) a).
[22] LSPAAT, al. 43 (7) b).
[23] LSPAAT, al. 43 (7) c).
[24] LSPAAT, al. 40 (1) a), al. 40 (2) a).

de croire qu'il est maintenant nécessaire, éventuellement pour les deux parties, *d'établir* qu'elles sont entrées rapidement en contact et qu'elles sont demeurées en contact, même dans une situation où le retour au travail auprès de l'employeur au moment de l'accident était impossible ou irréalisable.

ii. Emploi approprié

Les deux parties sont également chargées de trouver un « emploi approprié ». À cet égard, l'employeur est tenu d'essayer de fournir au travailleur « un emploi disponible et approprié qui soit compatible avec son habileté fonctionnelle et qui, si possible, lui permette de toucher les gains qu'il touchait avant de subir la lésion ».[25] Pour sa part, le travailleur doit « aider » l'employeur, « s'il est tenu » ou « s'il lui est demandé de le faire » (la Loi ne précise pas par qui), à trouver un emploi approprié, etc.[26]

Ici encore, les comités et vice-présidents devront déterminer s'il incombe dorénavant au travailleur de montrer qu'il « aide » bien en fait l'employeur dans une telle situation. Le Tribunal devra en outre déterminer si les termes « approprié » et « disponible » ont le même sens que dans l'ancienne loi.[27] Il est à tout le moins permis de penser que le terme « approprié » vise ici exclusivement l'emploi qui : (a) est disponible; (b) est compatible avec l'habileté fonctionnelle du travailleur; (c) est le plus à même de permettre un rétablissement des gains d'avant la lésion du travailleur. Il est peut-être aussi permis de croire que le terme « approprié » a un sens plus large dépassant ces trois éléments. Pourrait-il, par exemple, signifier aussi « durable »? *Ou bien* « approprié » dans le sens de correspondant aux talents et aux connaissances spécialisées du travailleur? etc. Les réponses à ces questions ne figurent pas dans la Loi mais se trouvent plutôt dans les politiques de la Commission comme le montre la partie IV du présent document.

iii. Autres obligations réciproques

Les parties sont aussi tenues de donner des renseignements à la Commission et de prendre « toute autre mesure prescrite ».[28] La Loi ne précise pas la nature des renseignements à fournir ni le genre « d'autres mesures » envisagées dans le cadre du RTRS. La Loi n'indique pas non plus si, par exemple, les conséquences du défaut d'un travailleur de prendre « toute autre mesure » seront aussi importantes que s'il refusait clairement d'accepter un emploi approprié modifié.

iv. Rôle de la Commission : aide, médiation et prise de décision

---

[25] LSPAAT, al. 40 (1) b).
[26] LSPAAT, al. 40 (2) b).
[27] Voir par exemple, LAT, s.-al. 37 (2) b) (ii).
[28] LSPAAT, al. 40 (1) c) et d); al. 40 (2) c) et d).

Les paragraphes 40 (5) et (7) autorisent la Commission à fournir de l'aide ou des services de médiation aux parties du lieu de travail. Il est toutefois permis de spéculer sur le fait que, dans son ensemble, l'article met l'accent sur les efforts autonomes du travailleur et de l'employeur. Dans cette optique, l'intervention de la Commission en matière de RTRS pourrait être considérée comme une exception à la règle (c'est-à-dire que la Commission interviendrait en cas de problèmes) plutôt que la norme. Par contraste, l'ancienne loi prévoyait que le travailleur devait, du moins implicitement, collaborer avec la Commission pour déterminer ce qui était « disponible » et « approprié » en matière d'emploi après la lésion.[29]

L'« aide » fournie est essentiellement laissée à la discrétion de la Commission : « La Commission peut [non pas « doit »] communiquer avec l'employeur et le travailleur pour surveiller leur progrès en vue du retour au travail du travailleur, pour déterminer s'ils collaborent bien comme ils le doivent et pour déterminer s'ils ont besoin d'aide pour faciliter le retour au travail du travailleur ».[30]

L'interprétation de ce paragraphe peut être influencée par le fait qu'il n'oblige pas la Commission à établir le degré de déficience du travailleur ou même à décider du caractère approprié d'emplois particuliers. L'accent peut être mis plutôt sur la collaboration entre le travailleur et l'employeur.

Les comités et vice-présidents devront peut-être aussi déterminer si, après être intervenue aux termes des dispositions sur l'aide, la Commission peut rendre une décision sommaire aux termes du paragraphe 43 (7) pour « diminuer ou suspendre » les prestations parce qu'un travailleur ne collabore pas.

Il est permis de penser qu'une décision de ce genre ne pourrait être rendue aux termes de l'article 40 que dans le contexte des dispositions relatives à la médiation, dont il est question plus loin. Pourtant, comme nous le verrons, ce pouvoir de décision entre en jeu dans les situations où les tentatives de médiation ont échoué. Ce pouvoir ne fait pas référence à une décision prise après que la Commission est intervenue aux termes des dispositions sur l'aide et a simplement conclu que le travailleur ne collabore pas. Ainsi, il n'est pas clair si le délai de 60 jours ou plus prévu au paragraphe 40 (7) s'applique dans ces circonstances. S'il ne s'applique pas, ce sont alors les dispositions conférant à la Commission un pouvoir général de décision concernant les questions de collaboration et autres qui s'appliqueraient.[31]

Par contraste avec l'aide, qui est offerte par la Commission, la médiation semble résulter de l'action des parties elles-mêmes. Naturellement, rien dans la Loi n'interdit à la Commission de renvoyer un cas à la médiation de son propre chef. Il est permis de croire que la médiation est l'une des formes d'aide possibles aux termes du paragraphe 40 (5).

---

[29] LAT, s.-al. 37 (2) b) (ii).
[30] LSPAAT, par. 40 (5).
[31] Voir notamment la disp. 118 (2) 4 de la LSPAAT, qui donne à la Commission compétence exclusive pour décider, entre autres, si « une personne collabore [...] à son retour au travail ».

Ce qui constitue la médiation dans ce contexte n'est pas précisé. Cependant, la Loi de 1997 confère à la Commission un pouvoir général de « fournir des services de médiation dans les circonstances qu'elle estime appropriées ».[32] La Loi indique aussi que le médiateur ne doit participer à aucune requête, demande ou instance en rapport avec la question faisant l'objet de la médiation « sauf si les parties [...] y consentent »[33], ce qui semble indiquer que le médiateur ne peut agir en tant que décideur sans le consentement des parties.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la médiation est habituellement (mais pas nécessairement *exclusivement*) déclenchée par un avis des parties à la Commission. Le paragraphe exige que l'employeur ou le travailleur avise la Commission de l'existence de difficultés ou d'un différend « concernant leur collaboration mutuelle au retour au travail rapide et sans danger du travailleur ».[34] Le paragraphe ne précise pas le moment ni la forme de cet avis.

La médiation semble être obligatoire une fois que l'une des parties a avisé la Commission de tout différend concernant le RTRS. Il n'est pas certain que la Commission est aussi tenue de fournir des services de médiation dans le cas d'une simple « difficulté ». Le paragraphe en question stipule que la « Commission tente de résoudre le différend par la médiation ». Comme nous l'avons déjà indiqué, si la médiation échoue, la Commission « décide de la question au plus tard 60 jours après avoir reçu l'avis [vraisemblablement l'avis mentionné au paragraphe 40 (6)] ou dans le délai plus long qu'elle fixe ».[35]

---

[32] LSPAAT, par. 122 (1).
[33] LSPAAT, par. 122 (3).
[34] LSPAAT, par. 40 (6).
[35] LSPAAT, par. 40 (7).

PARTIE IV : CHOIX DE POLITIQUES DE LA COMMISSION SUR LA PG ET LE RTRS

a) Introduction

Les dispositions législatives étudiées précédemment ne peuvent être considérées séparément des politiques de la Commission. En vertu de la Loi de 1997, le Tribunal doit appliquer les politiques de la Commission dans ses décisions. Cette exigence est toutefois sous réserve du pouvoir du Tribunal de renvoyer pour examen à la Commission toute politique qui n'est pas compatible avec la Loi.[36]

Dans cette partie, nous résumerons et analyserons brièvement certaines parties de quelques politiques particulièrement pertinentes à la PG et au RTRS. À moins d'indication contraire, ces politiques s'appliquent aux accidents survenus le 1er janvier 1998 ou après cette date. Il convient toutefois de noter que certaines des politiques sur le RTRS devraient également s'appliquer aux décisions rendues après le 1er janvier 1998, peu importe la date de l'accident.

Le texte intégral des politiques citées se trouve en annexe.

Dans les cas dont ils sont saisis, les comités ou vice-présidents devraient bien entendu se référer aux politiques applicables indiquées par la Commission.[37] Les comités et vice-présidents qui ne sont pas certains si les bonnes politiques ont été identifiées peuvent demander des éclaircissements à la Commission,[38] ou, lorsque cela est nécessaire et opportun, avoir recours au processus d'examen des politiques mentionné précédemment.

b) Document n° 18-03-02 du Manuel des politiques opérationnelles de la Commission (MPO) : Versement des prestations pour PG

Cette politique précise d'abord que le travailleur qui subit une perte de gains par suite d'une lésion ou d'une maladie lié au travail a droit à des prestations pour PG. Elle établit ensuite une distinction entre les prestations pour PG totale (85 % des gains moyens nets (GMN) du travailleur avant la lésion) et les prestations pour PG partielle (correspondant à un certain pourcentage de 85 %). Il est permis de penser que les prestations pour PG partielle pourraient ouvrir droit au versement de ce qui s'appelait des indemnités proportionnelles d'invalidité partielle temporaire aux termes de l'ancienne loi.

En vertu de la politique, le travailleur qui [... ne peut] reprendre quelque type de travail que ce soit » en raison de « la nature ou [de] la gravité de sa lésion a droit à des prestations pour PG totale. Bien que la présente loi ne fasse pas référence à la notion

---

[36] LSPAAT, art. 126.
[37] LSPAAT, par. 126 (2).
[38] LSPAAT, par. 126 (3).

d'invalidité totale ou partielle, cet énoncé rappelle les anciennes politiques et dispositions législatives sur l'invalidité totale temporaire. Il est toutefois restreint par l'exigence supplémentaire voulant que le travailleur collabore « à la mise en œuvre des mesures en matière de soins de santé, telle que le recommande le praticien de la santé » (vraisemblablement, dans la plupart des cas, le médecin de famille ou le spécialiste traitant du travailleur) et que « l'approuve la Commission ».

L'infraction à cette exigence peut entraîner la réduction ou la suspension des prestations. En fait, une interprétation stricte de la politique semble indiquer que les prestations pour PG pourraient théoriquement être réduites ou suspendues même si les « mesures en matière de soins de santé » n'avaient pas nécessairement d'influence sur l'incapacité du travailleur de reprendre un travail quelconque.

La politique importe en outre la notion d'« invalidité partielle temporaire », modifiée encore une fois afin de tenir compte de l'importance accrue que la nouvelle Loi accorde à la collaboration. Un travailleur peut toucher des prestations pour PG totale s'il collabore aux activités de RTRS et continue à subir une perte de gains totale.

La nature de ces « activités » n'est pas précisée, du moins pas dans la politique sur la PG. Il est toutefois permis de supposer que des communications et des contacts réguliers avec l'employeur[39] suffiraient pendant les premiers temps suivant l'interruption de travail, du moins jusqu'au moment où le travailleur et l'employeur commencent à discuter sérieusement d'emplois particuliers modifiés.

La disposition pertinente suivante renforce l'idée que des prestations « proportionnelles » continuent à être payables. En effet, selon la politique, « si le travailleur a repris le travail ou participe aux activités de RTRS, la Commission établit les prestations pour PG à 85 % de la différence entre les GMN que touchait le travailleur avant la lésion et les GMN actuels ». Toutefois, comme nous l'avons déjà noté, l'estimation peut être un facteur dans le calcul de la PG (en fait, le recours à une estimation est expressément mentionné dans la politique, mais seulement dans le contexte de la RMT), elle ne semble pas s'appliquer à un travailleur qui a repris le travail ou continue à collaborer à son RTRS.

c) Document n° 19-02-01 du MPO de la Commission : Aperçu du RTRS

Cette politique est utile surtout à titre de guide sur la conception que se fait la Commission du RTRS. La politique oblige les « parties du lieu de travail » à « collaborer de manière autonome à la réalisation du » RTRS. Elle précise également que l'objectif du RTRS est le retour rapide « dans un emploi approprié et disponible qui tient compte des capacités fonctionnelles de [*sic*] travailleur et si possible lui permet de toucher des gains comparables à ceux qu'il touchait avant la lésion ». Ces deux énoncés réitèrent essentiellement les notions du paragraphe 40.

---

[39] Aux termes de l'al. 40 (2) a) de la LSPAAT, déjà discuté.

La politique indique aussi que des « renseignements à jour concernant les capacités fonctionnelles du travailleur sont essentiels au processus de retour au travail ». Elle précise que le professionnel de la santé qui traite le travailleur et qui fournit, « sur demande », ces renseignements aux parties du lieu de travail constitue « une source d'information ». La Commission paie pour ces renseignements si le professionnel de la santé utilise le formulaire prescrit.[40]

Les « renseignements sur les capacités fonctionnelles » provenant d'un « professionnel de la santé »[41] peuvent en effet être utiles pour régler la question de la collaboration et du caractère approprié d'un emploi dans le contexte du RTRS. D'autres politiques pertinentes, présentées ci-dessous, font aussi référence à cette notion.

La politique comporte un autre élément apparemment nouveau. Dans le cas d'une petite entreprise qui « ne parvient pas à assurer le retour au travail du travailleur, la Commission peut prendre des dispositions pour obtenir les services nécessaires à cet égard et payer de tels services ». Les comités et vice-présidents pourraient être appelés à déterminer si le défaut de suivre cette règle de la part de la Commission doit jouer en faveur d'un travailleur (voire d'un employeur) qui pourrait, en d'autres circonstances, être considéré comme étant peu coopératif.

d) Document n° 19-02-02 du MPO : Le but du RTRS et les rôles des parties du lieu de travail

Cette politique contient divers éléments importants. Comme nous l'avons déjà indiqué, la Loi ne définit pas les termes « approprié » et « disponible ». C'est dans cette politique que se trouve la définition de ces termes.

Un « emploi approprié » est un emploi qui tient compte des capacités fonctionnelles du travailleur (selon la définition de ce terme dans le document n° 19-02-01 du MPO dont il a déjà été question), que le travailleur est en mesure d'occuper, qui ne pose aucun risque de santé ou de sécurité pour le travailleur ou ses collègues, et qui, dans la mesure du possible, permet au travailleur de rétablir ses gains d'avant la lésion.

Un « emploi disponible » est un emploi qu'offre l'employeur (ou, selon la version anglaise, un emploi qui *existe*). Autrement dit, il est permis de croire que l'employeur doit être en mesure de démontrer que l'emploi n'est pas un emploi « théorique ». L'emploi en question peut être offert au « lieu de travail où le travailleur travaillait avant de subir la

---

[40] Il convient de noter qu'aux termes du par. 22 (5) de la LSPAAT, le travailleur qui dépose une demande doit consentir à la divulgation à son employeur des renseignements concernant son habileté fonctionnelle, dans le « seul but de faciliter le retour au travail du travailleur ». La procédure à suivre pour remplir le formulaire portant sur les capacités fonctionnelles est précisée dans le document n° 19-02-04 du MPO de la Commission intitulé « Formulaire sur les capacités fonctionnelles en vue du retour rapide au travail ».

[41] Dans la Loi du moins, le terme « professionnel de la santé » s'entend du « [m]embre de l'ordre d'une profession de la santé au sens de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées* ». LSPAAT, par. 2 (1).

lésion » ou à un « autre lieu de travail » comparable. La politique précise de manière assez détaillée ce qui pourrait constituer un lieu de travail comparable dans ce contexte.

La politique prévoit aussi des critères permettant de déterminer si les activités de RTRS se sont avérées efficaces et ont donné des résultats. Il est permis de se demander si ces critères peuvent également servir à évaluer si les parties ont vraiment collaboré même lorsque le RTRS a échoué. Autrement dit, il est permis de se demander si un travailleur peut arguer qu'il a collaboré à son RTRS simplement parce qu'il n'y avait pas d'emploi « approprié et disponible » lui permettant de rétablir ses gains d'avant la lésion. Il convient bien sûr de noter que la politique comprend aussi des directives détaillées sur le rôle des parties. Ces directives mettent l'accent sur le fait que les parties sont tenues aux termes de la Loi de demeurer en contact l'une avec l'autre et de collaborer à la recherche d'un emploi approprié disponible. Cette politique enjoint également aux parties de respecter leurs obligations en matière de déclaration auprès de la Commission (telles qu'elles sont précisées dans le document n° 19-02-03 dont il est question plus loin).

La politique énumère également les fonctions de la Commission dans ce processus « autonome ». Elle souligne que la Commission ne participe pas au processus de RTRS, sauf pour « surveiller » (ce rôle de surveillance n'est pas détaillé), agir comme médiateur (grâce à un mécanisme de « règlement des différends »), « déterminer » la conformité aux obligations relatives à la collaboration (article 40) et au rengagement (article 41) et « conseiller » les parties sur les ressources en matière de retour au travail.

La politique définit aussi le rôle du praticien de la santé[42] relativement au RTRS. Les comités et vice-présidents devront peut-être déterminer si un travailleur peut être pénalisé si son médecin néglige de respecter ces exigences. Par exemple, que se passe-t-il si le médecin omet de fournir aux parties du lieu de travail et à la Commission des renseignements sur les capacités fonctionnelles du travailleur? Le travailleur sera-t-il jugé peu coopératif et risquera-t-il donc une réduction ou une suspension de ses prestations?

Enfin, il convient de noter que cette politique s'applique à toutes les demandes d'indemnisation à compter du 1er janvier 1998, sans égard à la date de l'accident. Les comités et vice-présidents devront examiner dans quelle mesure cette politique, et d'autres politiques liées au RTRS, s'applique aux accidents d'avant 1998, par exemple dans le cas d'une récidive ultérieure au 1er janvier 1998.

e) Document n° 19-02-03 du MPO de la Commission : Collaboration des parties du lieu de travail

Cette politique (applicable elle aussi après le 1er janvier 1998, sans égard à la date de l'accident) réitère d'abord les obligations législatives et réciproques des travailleurs et employeurs, obligations que nous avons déjà exposées. Elle aborde ensuite certaines des questions laissées sans réponse dans les dispositions expresses de l'article 40, notamment

---

[42] Aux termes du par. 2 (1) de la LSPAAT, ce terme s'entend d'un professionnel de la santé (voir la note précédente), d'un « praticien ne prescrivant pas de méricaments », ou d'un travailleur social.

en ce qui concerne le rôle de la Commission, l'exigence d'un avis de non-collaboration, et la façon dont les prestations peuvent être réduites ou suspendues.

Par exemple, l'aide de la Commission prévue au paragraphe 40 (5) vise à favoriser l'autonomie des parties et à « éliminer les entraves au processus de RTRS ». La Commission *peut* (non pas « doit ») fournir de l'« information » de nature variée, comme le précise la politique. Par exemple, la Commission peut orienter les employeurs vers des fournisseurs de services en matière de retour au travail, services pour lesquels l'employeur devrait manifestement payer. La Commission peut aussi fournir des services de médiation. Contrairement à la Loi, la politique indique explicitement que la médiation peut être fournie soit à la demande des parties, soit à l'initiative de la Commission, si celle-ci « détermine que la médiation est nécessaire pour permettre [...] d'entreprendre les activités liées au RTRS, de les maintenir ou de les rétablir ».

La politique précise également l'exigence concernant la présentation d'un avis de non-collaboration. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la Loi n'exige pas un tel avis. La politique semble exiger que les employeurs et les travailleurs soient avisés de leur « obligation de collaborer au RTRS » et de la « détermination de non-collaboration » rendue à leur endroit. Les travailleurs doivent en outre être avisés des conséquences de cette détermination, c'est-à-dire de la réduction ou de la suspension possible des prestations.

La politique indique que l'avis est donné verbalement, si possible, et qu'il doit être confirmé par écrit dans chaque cas.

Il est permis de soutenir que l'avis n'est pas obligatoire aux termes de la politique. Par exemple, le libellé des sections pertinentes indique que « le décideur informe [...] » plutôt que « le décideur *doit* informer ». En dépit de ce libellé, les comités et vice-présidents doivent s'attendre à être confrontés à l'argument selon lequel la Commission ne peut, aux termes de ses propres politiques, réduire ou suspendre les prestations sans d'abord donner un avis au travailleur.

En fait, la section suivante de la politique, qui porte sur la réduction ou la suspension des prestations, laisse fortement penser que ce genre d'action doit être pris après qu'un avis a été émis à l'intention du travailleur au sujet de ses obligations et que ce dernier a ensuite négligé de faire preuve de collaboration sans démontrer de raison valable à l'origine de son manque de collaboration. Il est donc permis de penser que les prestations ne peuvent être réduites ou suspendues simplement après l'émission d'un avis et qu'il faut plutôt commencer par donner au travailleur l'occasion de mieux collaborer à son RTRS.

La politique indique ensuite que, lorsqu'un emploi approprié et disponible a été identifié, « le décideur rajuste les prestations du travailleur pour tenir compte des gains que celui-ci aurait touchés dans un emploi approprié et disponible ». La politique fait ici référence à des versements ressemblant aux anciennes « indemnités proportionnelles d'invalidité partielle temporaire », mentionnées dans la partie II du présent document. Cependant, les

comités et vice-présidents devront peut-être examiner si, même dans ces circonstances, la Commission peut légalement suspendre les prestations intégrales d'un travailleur en raison du défaut de collaborer aux activités de RTRS.

Dans les cas où un emploi approprié et disponible n'a pas été identifié en raison de la non-collaboration du travailleur, la politique fait simplement référence au pouvoir prévu dans la Loi de réduire ou de suspendre les prestations, sans fournir d'autres précisions aux décideurs. Il est toutefois permis de penser que cette section de la politique maintient la capacité de la Commission de réduire les prestations et de les faire passer à un niveau correspondant à « 50 % des indemnités d'invalidité partielle temporaire » comme c'était le cas avec l'ancienne loi.

f) Document n° 19-02-06 du MPO de la Commission : Services de médiation

Cette politique tente d'étoffer le contenu du paragraphe 40 (7). Contrairement à ce paragraphe, la politique permet la médiation dans les situations où il existe une « difficulté » et non simplement un « différend » dans le cadre du RTRS. La politique indique aussi, comme le document n° 19-02-03 (ci-dessus), que la Commission peut prendre l'initiative d'offrir des services de médiation.

Aux termes de la politique, le médiateur peut « recommander » que le travailleur participe à une évaluation de ses capacités fonctionnelles ou qu'une évaluation ergonomique du lieu de travail soit effectuée. Le terme « recommander » est sujet à interprétation, puisque la politique précise ensuite que si un travailleur ou un employeur refuse de participer à une telle évaluation, « la Commission peut rendre une détermination de non-collaboration à leur endroit ». Il n'est pas clair si l'exigence concernant la présentation d'un avis discutée précédemment s'applique, ou comment elle s'applique, dans ces circonstances : les décideurs sont tenus de donner un avis avant d'imposer des sanctions pour non-collaboration, mais les médiateurs ne sont pas censés agir à titre de décideurs sans le consentement des parties.[43]

On ne s'attend pas à ce que la médiation permette toujours de régler les questions liées au RTRS de telle façon que le travailleur retourne à un emploi particulier. Ainsi, la politique indique que dans le cas d'une médiation fructueuse donnant lieu au règlement du différend, les parties poursuivent leurs activités de retour au travail et la Commission continue à surveiller le processus, conformément au document n° 19-02-02.

Le reste de la politique porte sur les situations où la médiation s'est avérée infructueuse. Dans de tels cas, le décideur de la Commission (pas nécessairement le médiateur) rend une décision dans les 60 jours civils. (Il convient de noter que la Loi n'utilise pas l'expression « jours civils ».) Le délai de 60 jours s'applique également lorsque l'une ou les deux parties refusent de participer au processus de médiation.

---

[43] Se reporter au par. 122 (3), déjà cité.

Cette politique s'applique elle aussi à toutes les demandes d'indemnisation à compter du 1er janvier 1998, sans égard à la date de l'accident.

PARTIE V : CONCLUSION

Les dispositions de la Loi de 1997 concernant la PG et le RTRS sont, à première vue, *terra incognita* pour le Tribunal. Pourtant, en partie à cause du libellé des nouvelles politiques de la Commission, il est permis de s'attendre à ce que de nombreux cas mettent en jeu des déterminations de faits différant peu de celles rendues aux termes de la Loi d'avant 1997. Par exemple :

- les comités et vice-présidents devront continuer à déterminer si les emplois offerts par les employeurs au moment de l'accident sont appropriés, compte tenu de l'habileté fonctionnelle des travailleurs;
- les comités et vice-présidents devront continuer à déterminer si, dans l'ensemble, les travailleurs se montrent coopératifs et réceptifs à l'égard des mesures visant leur retour au travail;
- les comités et vice-présidents devront continuer à déterminer si les travailleurs sont incapables d'accomplir tout travail que ce soit (mais avec la condition supplémentaire que ainsi réputé doit aussi montrer qu'il collabore au traitement médical);
- l'Assemblée législative a créé un régime d'autonomie des parties bien que la Commission continue à jouer un rôle; à cet égard, il convient de noter l'exigence voulant que la Commission donne un avis de non-collaboration et celui voulant qu'elle s'efforce de fournir des services de médiation, après avoir été avisée d'un « différend ou d'une difficulté », afin de faire redémarrer le processus de RTRS.

Nous tenons à conclure en soulignant de nouveau que le présent document d'information vise uniquement à décrire certaines questions et certains problèmes susceptibles de se poser dans les cas relevant de la Loi de 1997. Il n'y a aucun doute que nombre de ces questions d'interprétation seront effectivement réglées au fur et à mesure que la jurisprudence du Tribunal évoluera au cours des mois et des années à venir. Par contre, il est aussi certain que d'autres questions se poseront, dont certaines toucheront à la substance même de l'objectif que visait l'Assemblée législative lorsqu'elle a révisé le régime d'indemnisation prévu par la loi à l'intention des travailleurs et de leurs employeurs.

<u>Document d'information rédigé par</u> :

Daniel J. Abrahams
Avocat principal
Bureau des conseillers juridiques du Tribunal

Le 23 octobre 2000

ANNEXES

1. ***Loi sur les accidents du travail,*** **L.R.O. de 1990, telle qu'elle a été modifiée, art. 37.**

2. ***Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail,*** **L.O. de 1997, chap. 16, Annexe A, art. 43.**

3. ***Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail,*** **art. 40.**

4. **Document n° 18-03-02 du *Manuel des politiques opérationnelles* de la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail : « Versement des prestations pour PG ».**

5. **Document n° 19-02-01 du MPO : « Retour au travail rapide et sécuritaire – Aperçu ».**

6. **Document n° 19-02-02 du MPO : « Le but du RTRS et les rôles des parties du lieu de travail ».**

7. **Document n° 19-02-03 du MPO : « Collaboration des parties du lieu de travail ».**

8. **Document n° 19-02-06 du MPO : « Services de médiation ».**

Annexe 1 : *Loi sur les accidents du travail*, article 37

37 (1) Le travailleur atteint d'invalidité totale à caractère temporaire qui résulte d'une lésion a droit, pendant la durée de cette invalidité ou jusqu'à ce qu'il commence à recevoir des versements en vertu de l'article 43, à une indemnité en vertu de la présente loi égale à 90 pour cent de ses gains moyens nets avant la lésion.

(2) L'indemnité payable dans le cas d'une invalidité partielle à caractère temporaire et qui résulte d'une lésion correspond :

(a) si le travailleur retourne travailler, à un versement hebdomadaire égal à 90 pour cent de la différence entre les gains moyens nets par semaine du travailleur avant la lésion et un montant moyen net qu'il est capable de gagner dans un emploi ou des affaires qui conviennent à son cas après la lésion;

(b) si le travailleur ne retourne pas travailler, à un versement hebdomadaire équivalent au montant qui serait payable s'il était atteint d'invalidité totale à caractère temporaire, à moins que le travailleur, selon le cas :

(i) néglige de participer à un programme de réadaptation professionnelle ou médicale qui, de l'avis de la Commission, lui faciliterait la reprise du travail, ou ne soit pas disponible pour suivre un tel programme,

(ii) néglige d'accepter un emploi qui est disponible et qui, de l'avis de la Commission, correspond à ses aptitudes, ou ne soit pas disponible pour prendre un tel emploi.

(3) Dans le calcul du montant qui doit être payé en vertu de l'alinéa (2) b), la Commission tient compte des versements d'invalidité que le travailleur reçoit relativement à la lésion en vertu du Régime de pensions du Canada ou du Régime des rentes du Québec. Si le sous-alinéa (2) b) (i) ou (ii) s'applique, l'indemnité correspond à un montant périodique proportionnel au degré d'invalidité résultant de la lésion, tel que l'établit la Commission. L.R.O. 1990, chap. W.11, art. 37.

Annexe 2 : *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, article 43

43 (1) Le travailleur qui subit une perte de gains par suite de la lésion a droit à des versements aux termes du présent article à compter du moment où débute la perte de gains. Les versements se poursuivent jusqu'au premier en date des jours suivants :

a) le jour où la perte de gains du travailleur prend fin;

b) le jour où le travailleur atteint l'âge de 65 ans, s'il avait moins de 63 ans à la date où la lésion est survenue;

c) le jour qui tombe deux ans après la date où la lésion est survenue, si le travailleur avait au moins 63 ans à cette date-là;

(d) le jour où le travailleur n'est plus déficient par suite de la lésion.

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), le montant des versements correspond à 85 pour cent de la différence entre :

a) les gains moyens nets du travailleur avant que ne survienne la lésion;

b) les gains moyens nets qu'il touche ou qu'il est en mesure de toucher dans un emploi ou une entreprise approprié après que la lésion soit survenue.

Toutefois, le montant minimal des versements pour une perte de gains totale correspond à 15 321,51 $ ou au montant des gains moyens nets du travailleur avant que ne survienne la lésion, selon celui des deux montants qui est inférieur à l'autre.

(3) Le montant des versements correspond à 85 pour cent des gains moyens nets que le travailleur touchait avant que ne survienne la lésion moins les gains qu'il touche par la suite s'il collabore à la mise en œuvre des mesures prises en matière de soins de santé et, selon le cas :

a) à son retour au travail rapide et sans danger;

b) à tous les aspects d'une évaluation de ses possibilités de réintégration sur le marché du travail ou d'un programme de réintégration sur le marché du travail.

(4) La Commission assimile les gains que touche le travailleur après que la lésion est survenue aux gains qu'il est en mesure de toucher dans un emploi ou une entreprise approprié pour le travailleur déterminé aux termes de l'article 42 et cette assimilation prend effet à l'une ou l'autre des dates suivantes :

a) si un programme de réintégration sur le marché du travail est fourni au travailleur, à la date où celui-ci termine le programme;

b) si la Commission détermine que le travailleur n'a pas besoin d'un programme de réintégration sur le marché du travail, à la date où elle prend cette décision.

(5) Le calcul du montant des versements est assujetti aux règles suivantes :

1. Le montant des gains moyens nets avant que ne survienne la lésion est rajusté selon le deuxième facteur d'indexation pour chaque 1er janvier à compter de la date où la lésion est survenue.

2. Le montant visé à l'alinéa (2) b) reflète les versements d'invalidité que le travailleur a reçus dans le cadre du Régime de pensions du Canada ou du Régime de rentes du Québec à l'égard de la lésion.

3. Si le montant visé à l'alinéa (2) b) n'est pas nul et qu'il ne comprend pas seulement des versements d'invalidité que le travailleur a reçus dans le cadre du Régime de pensions du Canada ou du Régime de rentes du Québec à l'égard de la lésion, le montant du versement est rajusté.

   i. d'une part, en le multipliant, pour chaque 1er janvier à compter de la date où la lésion est survenue, par la somme de un plus le facteur d'indexation général exprimé en fraction,

   ii. d'autre part, en le divisant, pour chaque 1er janvier à compter de la date où la lésion est survenue, par la somme de un plus le deuxième facteur d'indexation exprimé en fraction.

(6) La Commission rajuste chaque année au 1er janvier le montant des versements payables par ailleurs à un travailleur selon l'un ou l'autre des facteurs suivants :

a) le deuxième facteur d'indexation, si le montant visé à l'alinéa (2) b) est nul ou qu'il comprend seulement des versements d'invalidité à l'égard de la lésion que le travailleur a reçus dans le cadre du Régime de pensions du Canada ou du Régime de rentes du Québec;

b) le facteur d'indexation général, dans les autres cas.

(7) La Commission peut diminuer ou suspendre les versements qu'elle fait au travailleur pendant toute période où celui-ci ne collabore pas, selon le cas :

a) à la mise en œuvre des mesures prises en matière de soins de santé;

b) à son retour au travail rapide et sans danger;

c) à tous les aspects de l'évaluation des possibilités de réintégration sur le marché du travail ou du programme de réintégration sur le marché du travail qui lui sont fournis.

Annexe 3 : *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, article 40

40 (1) L'employeur du travailleur blessé collabore au retour au travail rapide et sans danger du travailleur en faisant ce qui suit :

a) il communique avec le travailleur dès que possible après que la lésion est survenue et reste en contact avec lui pendant toute la période de son rétablissement et de sa déficience;

b) il tente de trouver pour le travailleur un emploi disponible et approprié qui soit compatible avec son habileté fonctionnelle et qui, si possible, lui permette de toucher les gains qu'il touchait avant de subir la lésion;

c) il donne à la Commission les renseignements qu'elle demande concernant le retour au travail du travailleur;

d) il prend toute autre mesure prescrite.

(2) Le travailleur collabore à son retour au travail rapide et sans danger en faisant ce qui suit :

a) il communique avec son employeur dès que possible après que la lésion est survenue et reste en contact avec lui pendant toute la période de son rétablissement et de sa déficience;

b) s'il est tenu ou s'il lui est demandé de le faire, il aide l'employeur à lui trouver un emploi disponible et approprié qui soit compatible avec son habileté fonctionnelle et qui, si possible, lui permette de toucher les gains qu'il touchait avant de subir la lésion;

c) il donne à la Commission les renseignements qu'elle demande concernant son retour au travail;

d) il prend toute autre mesure prescrite.

(3) Les employeurs qui œuvrent principalement dans la construction et les travailleurs qui y travaillent collaborent au retour au travail rapide et sans danger du travailleur conformément aux exigences prescrites. Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à ces employeurs ni à ces travailleurs.

(4) Si un travailleur dans une situation d'urgence est blessé, l'employeur réputé être sont employeur n'est pas tenu de se conformer au présent article. L'employeur réel du travailleur, le cas échéant, est toutefois tenu de ce faire et l'employeur réputé être l'employeur est tenu d'assumer les frais engagés par l'employeur réel pour se conformer au présent article.

(5) La Commission peut communiquer avec l'employeur et le travailleur pour surveiller leur progrès en vue du retour au travail du travailleur, pour déterminer s'ils respectent leurs obligations en matière de collaboration et pour déterminer s'ils ont besoin d'aide pour faciliter le retour au travail du travailleur.

(6) L'employeur ou le travailleur avise la Commission de toute difficulté ou de tout différend concernant leur collaboration mutuelle au retour au travail rapide et sans danger du travailleur.

(7) La Commission tente de résoudre le différend par la médiation et, en cas d'échec, décide de la question au plus tard 60 jours après avoir reçu l'avis ou dans le délai plus long qu'elle fixe.

(8) Jusqu'à ce que le présent article s'applique à l'employeur et aux travailleurs qu'il emploie, les paragraphes 53 (1) à (3) de la *Loi sur les accidents du travail*, tels qu'ils sont réputés modifiés par la présente loi, continuent de s'appliquer avec les adaptations nécessaires, malgré leur abrogation.